

JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS E VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Vladimir BREGA FILHO*

Marcelo Gonçalves SALIBA**

Sumário: 1. Introdução; 2. O novo estatuto à luz da Constituição Federal; 3 – Considerações finais; Referências.

Resumo: A lei 11.340 de 7 de agosto de 2006 foi comemorada por organizações de defesa da mulher como um marco no direito penal pátrio a coibir a violência doméstica e familiar, porém as inovações introduzidas no direito violam normas constitucionais e deslegitimam o sistema penal ao afastar a aplicação da lei 9.099 de 26 de setembro de 1995. O afastamento da aplicação desta lei, exclusivamente em razão do sexo da vítima (mulher), viola o princípio constitucional da isonomia e, ao invés da instituição de uma ação afirmativa, o que se faz é uma discriminação injustificada, pois a não aplicação da lei dos juizados especiais criminais não irá trazer a igualdade material entre homens e mulheres. Sendo o crime de menor potencial ofensivo, independente do sexo da vítima, devem ser aplicados os benefícios da lei 9.099/95.

Abstract: The rule 11.340 from August 7th, 2006 was celebrated by woman defense organizations with a landmark in the national criminal law to cohibit the domestic and familiar violence, but the innovations were introduced in the law infringe constitutional rules and deslegitimate the criminal system to repel the application of the rule 9099 from September 26th, 1995. the removal of the application of this rule, exclusively in reason of the sex of the victim (woman), it infringes the constitutional principle of the isonomy and, instead of the institution of an affirmative action, what is done is an unjustified discrimination, therefore the not application of the rule in the Special Criminal Judges won't bring the material equality among men and women. Being the crime of minor offensive potential independent of the sex of the victim, the benefits of the rule 9099/95 must be applied

* Mestre em direito pela ITE-Bauru e Doutor em direito pela PUC-SP. É coordenador e professor do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro em Jacarezinho-PR, Promotor de Justiça em São Paulo e autor do livro *Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo* publicado pela editora JHMizuno (vladimir@travernet.com.br).

** Mestrando em Ciências Jurídicas da Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro em Jacarezinho-PR, professor de direito penal e processual penal das Faculdades Integradas de Ourinhos – FIO e Promotor de Justiça em São Paulo. (marcelo.saliba@terra.com.br).

Palavras-Chave: violência doméstica e familiar; medidas alternativas; inconstitucionalidade; transação penal; crimes de menor potencial ofensivo.

Key-Words: domestic and familiar violence; alternative measures; inconstitutionality; criminal transaction; minor offensive potential crimes.

1 – Introdução

Sob o fundamento de cumprir os termos do § 8º do artigo 226 da Constituição Federal e convenções internacionais no qual Brasil é signatário, o presidente Luiz Inácio Lula da Silva sancionou em 07 de agosto de 2006 a Lei 11.340 que trata da violência doméstica e familiar contra a mulher.

A lei aborda aspectos cíveis, penais, processuais e de assistência social, mas o intuito é tratar da proibição imposta pelo legislador da aplicação da Lei 9.099/95¹.

Um aspecto preliminar a ser analisado é a possível existência de um preceito em relação aos juizados especiais criminais. Em vários pontos da nova lei, percebe-se uma insatisfação com o sistema adotado pelos juizados. Tal lei, por exemplo, não admite a retirada da representação sem que seja na presença do juiz (artigo 16), e não admite as penas de cestas-básicas² e de multa (artigo 17), medidas alternativas amplamente aplicadas nos juizados.

Esqueceu-se o legislador que

a Lei 9.099/95, com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, revolucionou o processo penal brasileiro, especialmente no tocante aos delitos de pouca ou média gravidade, pois com a transação penal, criou-se a possibilidade da aplicação imediata de pena sem a existência da ação penal e com a suspensão, evitou-se que o processo tramitasse por longos anos no Poder Judiciário. Nesses delitos não há mais audiências, interrogatórios, alegações finais, sentenças e recursos. Tudo se resolve na base do consenso, podendo o Estado utilizar melhor seus poucos recursos na luta contra a criminalidade grave³.

¹ art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1.995.

² A impropriedade do legislador em diversas passagens da lei é tormentosa. Ao escrever “pena de cesta-básica” o legislador nos remete a uma espécie de resposta penal não prevista na legislação ordinária ou extraordinária. A “pena de cesta-básica” decorre da aplicação da pena restritiva de direitos (gênero), das quais são espécies a prestação pecuniária (artigo 45, § 1º, Código Penal) e a prestação inominada (artigo 45, § 2º, do Código Penal).

³ Vladimir Brega Filho. *Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo. Eficácia de cada um dos institutos*. Leme: JHMizuno, 2006, p. 93.

Todos os avanços obtidos com a lei dos juizados especiais foram esquecidos pelo legislador, em especial a “redescoberta da vítima” no direito brasileiro, conforme afirmado por Luiz Flávio Gomes⁴. Ao exigir a presença da vítima e a audiência de conciliação prévia, a lei 9.099/95 optou, claramente, pela busca do consenso, em preferência à sanção penal. O mesmo Luiz Flávio Gomes escreve que

... a lei 9.099/95, no âmbito da criminalidade pequena e média, introduziu no Brasil o chamado modelo consensual de justiça criminal. A prioridade agora não é o castigo do infrator, senão sobretudo a indenização dos danos e prejuízo causados pelo delito em favor da vítima⁵.

Esse novo caminho quebrou um paradigma do direito penal, abrindo as portas para um novo modelo de justiça, com base na restauração das partes, incluindo a vítima e, principalmente, sua manifestação de vontade e interesses como determinantes dos rumos da justiça penal. Ao se referir ao papel da vítima no direito penal tradicional, Cervini diz que ela “foi considerada quase exclusivamente como agente informal de controle do delito”, como um

acicate processual, como instrumento idôneo para mobilizar o pesado aparato de controle ou como a prova que permite chegar ao autor, e a obtenção de suas pretensões indenizatórias, derivadas do injusto penal são consideradas como algo subsidiário e particular.⁶

O aprimoramento constante da legislação ordinária é um dever do legislador e obedece ao sentimento social de justiça, amparado nos princípios constitucionais decorrentes da dignidade da pessoa humana. Nenhuma lei, por mais legítima que se apresente no momento de sua publicação e início de vigência, estará afastada da constante necessidade de revisão e aperfeiçoamento. A título de exemplo, sem qualquer pretensão de esgotar o assunto, a lei 9.099/95 merece revisão quanto ao momento da representação nos crimes de ação penal condicionada, pois determina a manifestação da vítima em audiência preliminar, na presença do autor do fato. Isso faz com que a vítima, já perturbada com o delito, sinta-se ainda mais constrangida, novamente vitimizada. A retratação ou falta de representação é muitas vezes fruto desse constrangimento. Sugere-se, então, que

essa situação seja corrigida pela legislação ou mesmo pelo juiz. Não obtida a composição civil, o juiz deve ouvir a vítima sem a presença do autor. Não há razão alguma para que o autor presencie o momento da representação, devendo ele ser trazido novamente à audiência quando da transação penal, ato que é personalíssimo e exige a sua presença⁷.

⁴ Suspensão condicional do processo, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 423.

⁵ *Suspensão condicional do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 430.

⁶ CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002, p. 249-250.

⁷ Vladimir Brega Filho, A reparação do dano no direito penal brasileiro - perspectivas, *Revista Argumenta* v3, p.99.

De qualquer forma, considerando que o legislador preferiu a solução mais cômoda de não aplicar a lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência à mulher, cumpre analisar a constitucionalidade do referido dispositivo legal.

2 – O novo estatuto à luz da constituição federal

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu no artigo 98, inciso I, que seriam criados juizados especiais competentes para julgar infrações penais de menor potencial ofensivo, permitida, nesses casos, a transação penal. Ao legislador ordinário restou à incumbência de definir quais seriam os crimes de menor potencial ofensivo.

Foi isso que fez a lei 9.099/95, artigo 61, ao considerar crimes de menor potencial ofensivo aqueles com pena máxima não superior a um ano e não sujeitos a procedimento especial. Posteriormente, a lei 10.259/01, que criou os juizados especiais federais, ampliou este limite, sendo considerados crimes de menor potencial ofensivo aqueles a que seja cominada pena máxima de dois anos. A lei 11.313/06 deu nova redação ao artigo 61 da lei 9.099/95, em observância à posição jurisprudencial pacífica que se firmou com a lei 10.259/01.

O critério do legislador, portanto, é objetivo e se pauta pela quantidade de pena cominada abstratamente ao delito. Se o legislador quiser que um crime não seja definido como de menor potencial ofensivo deve impor pena máxima acima de dois anos. Foi isso que fez a lei em comento quando alterou a pena do artigo 129, § 9º, estabelecendo que o crime de lesão corporal praticado contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, terá pena de três meses a três anos de detenção.

Todos os crimes apenados com no máximo dois anos de detenção ou reclusão são considerados de menor potencial ofensivo e por isso são passíveis da aplicação do benefício da transação penal e estão sujeitos aos benefícios da Lei 9.099/95.

É certo que este critério instituído para definir os crimes de menor potencial foi criado pelo legislador infraconstitucional e por isso, como já relatamos, uma nova lei pode modificar esse limite. O que não é possível é que essa modificação seja feita em razão do sexo da vítima, já que o critério é a quantidade de pena cominada ao delito. Dessa forma, a proibição da aplicação dos institutos da Lei 9.099/95, aos crimes praticados com violência contra a mulher, só poderia ser feita através do aumento da pena prevista para esses crimes e nunca “por decreto”, contrariando o disposto na Constituição Federal.

O tema poderia parecer sem relevância se apenas a qualificadora prevista no artigo 129, § 9º, cuja pena foi aumentada, estivesse sendo analisada. Ocorre

que o artigo 7^o da Lei 11.340, ao estabelecer o que considera violência doméstica e familiar contra a mulher, permite que diversas condutas enquadrem-se nessa definição legal, inclusive crimes contra a liberdade individual, honra e patrimônio. Assim, prevalecendo o entendimento de que o artigo 41 impede a aplicação da Lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar, aos crimes de perigo de contágio venéreo, ameaça ou injúria, por exemplo, não poderá ser aplicada a transação, a composição civil e a suspensão condicional do processo, benefícios instituídos da citada legislação.

Ocorre que esses delitos são de pequeno potencial ofensivo, não podendo o legislador ordinário restringir um direito constitucionalmente assegurado, dada à supremacia da norma constitucional.

O que está dentro do campo de atuação do legislador infraconstitucional é discutir a pena cominada aos delitos e a forma como se dará a transação penal, mas nunca impedir a aplicação da transação penal aos crimes de menor potencial ofensivo. Não há inconstitucionalidade, portanto, no aumento das penas cominadas aos crimes praticados com violência familiar ou na proibição da aplicação das “penas de cesta básica ou outras de prestação pecuniária, bem como a substituição de pena que implique o pagamento isolado de multa”⁹, pois nesse caso o confronto é no âmbito infraconstitucional.

Para ilustrar o caso, imagine as seguintes situações, não afastadas da cotidiana realidade brasileira: o marido que ameaça a mulher, não teria direito ao benefício da transação penal, mas a mulher que ameaça o marido teria direito; o companheiro que difama a companheira não poderia se beneficiar da lei 9.099/95, mas se ele praticar maus tratos contra o filho, poderia se beneficiar das medidas alternativas previstas naquele *códex*; o pai que ameaça a filha não teria direito à transação, mas se a ameaça fosse contra o filho, nada impediria o benefício.

Nessas situações, a não aplicação da transação penal viola claramente o princípio constitucional da isonomia porque não há justificativa para esse trata-

⁸ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

⁹ Art. 17 da lei 11.340/06.

mento desigual, deslegitimando, ainda mais, o sistema penal. Celso Antonio Bandeira de Mello, tratando do princípio da isonomia, conclui que “por via do princípio da igualdade, o que a ordem jurídica pretende firmar é a impossibilidade de desequilibrarções fortuitas e injustificadas”.¹⁰ A desequilibrarção proposta pelo legislador, beneficiando apenas a mulher, é fortuita, não encontrando fundamento na Constituição.

É certo que “a função da lei consiste exatamente em discriminar situações”¹¹, mas, como lembra Alexandre de Moraes

para que as diferenciações normativas possam ser consideradas não discriminatórias, torna-se indispensável que exista uma justificativa objetiva e razoável, de acordo com critérios e juízos valorativos genericamente aceitos, cuja exigência deve aplicar-se em relação à finalidade e efeitos da medida considerada¹².

Aqui vale destacar que o artigo 226, § 8º, da Constituição Federal, impõe ao legislador a obrigação de criar mecanismos para coibir a violência familiar, e não exclusivamente a violência contra a mulher, inexistindo justificativa para que o legislador infraconstitucional estabeleça esse tipo de discriminação.

A respeito do tratamento isonômico entre homens e mulheres (art. 5º, I), Alexandre de Moraes escreve que “a correta interpretação desse dispositivo torna inaceitável a utilização do *discrimen* sexo, sempre que o mesmo seja eleito com o propósito de desnivelar materialmente o homem da mulher”¹³.

A não aplicação da lei 9.099/95, pelos exemplos que apontados acima, desnivela materialmente homens e mulheres, especialmente porque a Constituição quer a criação de mecanismos que coíbam a violência familiar e não exclusivamente a violência contra a mulher.

Destacou-se, mais uma vez, que a lei pode fazer discriminações e a própria lei 11.340/06 faz uma série de discriminações. Discorda-se com o afastamento da lei 9.099/95 em razão, única e exclusivamente, do sexo da vítima. Toda violência familiar, seja ela contra a mulher ou contra o homem, deve ser combatida. Robert Alexy, ao tratar do princípio constitucional da igualdade escreve que “se não há razão suficiente para a permissão de um tratamento desigual, então está ordenado um tratamento igual”¹⁴. Se a Constituição quer reprimir a violência doméstica e familiar e não simplesmente a violência contra a mulher, não pode o legislador infraconstitucional excluir direitos constitucionalmente assegurados apenas pelo fato de a vítima ser mulher.

¹⁰ *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, São Paulo: Malheiros, 3ª edição, 1993, p. 18.

¹¹ *Curso de direito constitucional*, 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 131.

¹² *Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 32.

¹³ *Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 34.

¹⁴ *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002, p. 408.

É certo que nos últimos anos leis infraconstitucionais têm estabelecido as chamadas ações afirmativas, um conjunto de medidas especiais e temporárias utilizadas com o objetivo de eliminar as desigualdades que foram acumuladas no decorrer da história da sociedade. Esse tipo de medida tem beneficiado os negros, os portadores de deficiência, os índios e as mulheres. Com base nisso, Marcelo Lessa Bastos entende que a lei seria constitucional, pois “a Lei é resultado de uma ação afirmativa em favor da mulher vítima de violência doméstica e familiar”¹⁵. Ocorre que toda e qualquer ação afirmativa deve estar de acordo com os objetivos e princípios constitucionais, sob pena de ser inconstitucional. Para termos um exemplo, se uma prefeitura realizasse um concurso público reservando noventa por cento das vagas para os portadores de deficiência, não há dúvida isto seria inconstitucional, pois a proporção de portadores de deficiência no Brasil está muito longe disso. Não se estaria buscando a igualdade material e sim criando um novo fator de discriminação.

Diante disso, quando o legislador infraconstitucional não permite aplicação da lei 9.099/95 aos crimes praticados com violência contra a mulher, ao invés de uma ação afirmativa, está criando uma discriminação reversa, pois a não aplicação dos benefícios aos homens não traz a igualdade material. Ao contrário, desiguala materialmente homens e mulheres.

Importante notar também, que a lei 9.099/95 além da transação penal, trouxe outras inovações ao direito brasileiro. Destacaremos duas delas com o fim de reforçar a tese da inaplicabilidade do artigo 41 da Lei 11.340.

A lei 9.099/95, em seu artigo 88, estabeleceu que nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa a ação penal depende de representação. Portanto, se aplicado o disposto no artigo 41, transforma-se novamente a ação penal pública em incondicionada nos delitos mencionados. Ocorre que o próprio legislador dá mostras de que essa não é sua intenção, vez que estabelece o artigo 12, inciso I, da lei, que a autoridade policial deverá “ouvir a ofendida, lavrar o boletim de ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada”, enquanto o artigo 16 estabelece que a renúncia¹⁶ à representação só pode ser feita na presença do juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade. Parece claro que o legislador jamais pretendeu que os crimes de lesão corporal leve passassem a ser crimes de ação penal pública incondicionada.

¹⁵ BASTOS, Marcelo Lessa. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Lei “Maria da Penha”. Alguns comentários. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 08 out. 2006.

¹⁶ A renúncia, causa extintiva da punibilidade, prevista no artigo 107 do Código Penal, sempre esteve vinculada a ação penal privada, pois nas ações penais públicas condicionadas não há renúncia ao direito de representação. A representação pode ser apresentada a qualquer momento, desde que dentro do prazo decadencial, e seu não oferecimento não importa em extinção da punibilidade pela renúncia. A lei 9.099/95 já havia feito referência a renúncia na ação penal pública condicionada e agora a *novatio legis* também faz expressa menção a renúncia, permitindo-nos, concluir, que a manifestação da vítima pela renúncia ao direito é causa imediata de extinção da punibilidade, mesmo que ainda não esgotado o prazo decadencial.

Outro aspecto a ser analisado diz respeito à aplicação da suspensão condicional do processo, instituto introduzido no Brasil pela lei 9.099/95. Aqui vale notar que o legislador “aproveitou a oportunidade” para introduzir o instituto no Direito Brasileiro, não tendo a suspensão condicional do processo qualquer relação com os juizados especiais criminais. A propósito, a suspensão condicional do processo aplica-se a todos os delitos, da competência do juizado ou não, desde que a pena mínima não seja superior a um ano.

Percebe-se que a generalização feita pelo artigo 41 é inadequada, gerando situações de desigualdade inaceitáveis. Novamente, amparado numa pesquisa empírica, caso entenda-se que o artigo 41 é constitucional e que a proibição se estende à suspensão condicional do processo, poderíamos ter a seguinte situação: se o agente, em um bar, cortasse um dedo de um desafeto (lesão corporal grave por debilidade de membro), seria possível a suspensão, por outro lado se ele ameaçasse a esposa, sem provocar qualquer lesão física, a suspensão não seria cabível. O exemplo torna evidente que a condição da vítima não pode servir para impedir a aplicação dos benefícios da transação penal e da suspensão condicional do processo aos agentes, sob pena de criar uma inconstitucional situação de desigualdade.

A razão do tratamento desigual, segundo o legislador, estaria acentado na vitimização da mulher no ambiente familiar e doméstico. Todavia, um processo histórico de discriminação não se rompe imposições legais, ainda mais em um país de extremos históricos, culturais, econômicos e sociais como o Brasil, tanto que há popularmente a denominação das leis que “pegam” e as leis que “não pegam”, ou seja, leis que têm validade, mas não têm eficácia¹⁷.

Ademais, não é aplicação da lei 9.099/95 que gera a violência contra a mulher. Se isso fosse verdadeiro, a conclusão seria que, antes de novembro de 1995, ou seja, antes da entrada em vigor da lei 9.099, a violência contra a mulher não existia ou era insignificante. Se o próprio constituinte impôs ao Estado a obrigação de coibir a violência doméstica, isso é um sinal de que a mesma sempre existiu. Assim, não foi a lei 9.099/95 que ampliou a violência doméstica e não será a sua não aplicação que irá diminuí-la.

¹⁷ Cf. Bittar, a norma jurídica pode ser: “1) Válida e ineficaz: uma norma pode ser válida por ter observado todas as condições e os requisitos formais para a sua perfeita e competente produção e exteriorização, e nem por isso ser observada socialmente, ou mesmo, surtir os efeitos desejados, ou ainda, depender de condições sintáticas ulteriores que determinem o sobrestamento de sua eficácia. 2) Inválida e eficaz: uma norma pode ser inválida por ter desobedecido aos critérios de criação e exteriorização competentes, ou mesmo sequer ter sido produzida por uma autoridade institucional normativa, e assim mesmo possuir mais eficácia que qualquer outra norma. 3) Vigente e ineficaz: uma norma pode estar plenamente vigente, pois temporalmente útil e disponível (vigência na data da publicação, nos prazos da LICC, ou por prazo fixado por ela mesma), não tendo ainda sido revogada por outra norma posterior que lhe retire a validade, e manter-se igualmente ineficaz, sem a produção de qualquer efeito prático. 4) Não vigente e eficaz: uma norma pode ter cessado a sua vigência (validade temporal), ou sequer iniciado o seu período de vigência, mas ser capaz de produzir efeitos práticos, na vinculação das condutas sociais, até mesmo por ter criado um costume de sua observância reiterada”. BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005, p. 202-3.

3 – Considerações finais

O legislador brasileiro tem oscilado, em movimento pendular, entre duas correntes de política criminal, quais sejam, o direito penal mínimo e o movimento de lei e ordem. Ora promulga legislações amparadas na mínima intervenção, ora legislações punitivas e ilegítimas. A lei 11.340/06 é um exemplo claro da política criminal representada pelo movimento de lei e ordem, com a aplicação de penas mais graves e a restrição de direitos.

A restrição de direitos, contudo, não pode ser feita ao arrepio da Constituição que tem princípios e objetivos a serem respeitados.

Sob o pretexto de cumprir o comando constitucional que impõe ao Estado coibir a violência doméstica, não pode o legislador promover a desequiparação material entre homem e mulher, pois a violência doméstica atinge homens e mulheres, não havendo motivo para um tratamento diverso baseado no sexo da vítima. Ao contrário de atingir a igualdade material tão sonhada, o legislador cria nova discriminação, violando o princípio da isonomia tão ressaltado pelo texto constitucional.

Ademais, um dos objetivos da Constituição é a construção de uma sociedade justa e solidária e não será com o acirramento das lutas entre homens e mulheres, ou mesmo, a criação de novas discriminações que irá atingir esses objetivos.

A inconstitucionalidade do artigo 41 da lei 11.340/06 é patente e para a garantia de uma segurança jurídica mínima fica clara a necessidade do ingresso de Ação Direta de Inconstitucionalidade. Enquanto isso, a inconstitucionalidade deve ser declarada incidentalmente nos procedimentos que forem instaurados, convertendo-se os inquéritos policiais em termos circunstanciados, relaxando-se os flagrantes no caso de os autores se comprometerem a comparecer aos juizados e aplicando-se os benefícios da lei 9.099/95, independente do sexo da vítima.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y constitucionales, 2002.

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal. Introdução à sociologia do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002.

BASTOS, Marcelo Lessa. *Violência doméstica e familiar contra a mulher*. Lei

“Maria da Penha”. Alguns comentários. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1189, 3 out. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9006>>. Acesso em: 08 out. 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *O direito na pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005.

BREGA FILHO, Vladimir. *Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos*. Leme: JHMizuno, 2006.

_____. *A reparação do dano no direito penal brasileiro – perspectivas*. Revista Argumenta, Jacarezinho, 2003. volume 3

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. 2ª edição, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais Ltda., 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. A vítima no processo penal brasileiro. In *Lá vítima em el proceso penal*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1997.

_____. O papel da vítima no processo penal. In KOSOVSKI, Ester; PIEDADE JUNIOR, HEITOR (Org.). *Temas de Vitimologia II*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução Ana Paula Zomer, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Luiz Flávio. *Suspensão condicional do processo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO, Antonio Magalhães, FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 18ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas. A perda de legitimidade do sistema penal*. Tradução Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. 5ª edição, Rio de Janeiro: Editora Revan, 2001.